

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1
TOLEDO**

Notificado: 17/03/2016
Letrado: José María Amoedo
Gil
Expediente: ME-2015/5032

SENTENCIA: 00127/2016

Autos: JO 281/15

Demandante: [REDACTED]

Demandado: BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A.

SENTENCIA

En Toledo, a 16 de marzo de 2016.

Vistos por mí, Juan Carlos Picazo Menéndez, los autos del presente Juicio Ordinario, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por la representación procesal de [REDACTED] se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A., solicitando que:

1. Se declare la nulidad, por abusiva, de la condición general de contratación la cláusula limitativa de los tipos de interés de la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos.
2. Se condene a la demandada BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a eliminar dicha cláusula.
3. Se condene a BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a la devolución de las cantidades cobradas desde la fecha de 9/05/2013 con sus intereses legales incrementados en dos puntos devengados desde la fecha de cobro.
4. Costas.

Petición subsidiaria 1ª:

1. Se declare la nulidad, por abusiva, de la condición general de contratación la cláusula limitativa de los tipos de interés de la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos.
2. Se condene a la demandada BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a eliminar dicha cláusula.

3. Se condene a BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a la devolución de las cantidades cobradas desde la fecha de 9/05/2013 con sus intereses legales devengados desde la fecha de cobro.
4. Costas.

Petición subsidiaria 2ª:

1. Se declare la no incorporación de la condición general de contratación la cláusula limitativa de los tipos de interés de la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos.
2. Se condene a la demandada BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a eliminar dicha cláusula.
3. Costas.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, la cual tuvo lugar, en tiempo y forma, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor.

TERCERO.- Celebrada la correspondiente audiencia previa 1/12/2015, en la misma quedaron las partes citadas al acto de juicio, que se celebró en día 15/03/2016. Practicadas las pruebas en su momento propuestas y admitidas, quedó el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Acciones ejercitadas.

El actor ejercita acción de nulidad de cláusula contractual con fundamento en la Ley de condiciones generales de la contratación y texto refundido de la ley de consumidores y usuarios; acción de control de incorporación y acción de devolución de cantidades ligada a las anteriores.

Por su parte, el demandado se opone a lo alegado por el actor. Sostiene que sí hubo negociación previa y que se produjo entre el promotor, parte en el préstamo de origen, y la entidad financiera. Mantiene que la misma no tiene obligación de informar al hoy actor, siendo una obligación que recae sobre el promotor, en cuyo contrato se subroga, limitándose el demandado a aceptar la subrogación como acreedor que es. Añade que si hubo negociación de la cláusula con los promotores en el seno del préstamo origen, y que el era en todo caso conocedor del clausulado.

SEGUNDO.- Hechos probados.

De la prueba practicada en el acto de la vista, podemos considerar probado que [REDACTED]

[REDACTED] y BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. con fecha 26/07/2006 suscribieron un contrato de compraventa con subrogación, novación y ampliación del préstamo hipotecario con la mercantil promotora PROMOCIONES Y OBRAS SATER, S.L. La sociedad promotora era propietaria de la finca objeto de venta, la cual estaba gravada con una hipoteca a favor del BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. por escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005.

[REDACTED]
se subrogaron en la posición deudora del préstamo hipotecario en la cuantía correspondiente a la finca objeto de compraventa. En la escritura de compraventa con subrogación se dice que los cobradores conocen todos los pactos de la escritura de préstamo de 26/04/2005. Dicha escritura no fue incorporada a la escritura de compraventa con subrogación de 26/07/2006.

El tipo de interés remuneratorio pactado en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005, a aplicar a cada periodo de interés, se determinaba mediante la adición de 1.00 puntos porcentuales sobre el tipo referenciado al euríbor anual. En la cláusula tercera bis, de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005 fue fijado que el tipo de interés en ningún caso será inferior al 3% ni superior al 11%.

El euríbor en el año 2005 varió entre 2.112% y el 2.304%. En el año 2006 estuvo entre el 2.361% y el 3.335%, siendo del 2.840% en el mes de la firma.

TERCERO.- Conceptos previos.

En primer lugar, se han de fijar los siguientes conceptos antes de entrar a resolver sobre el fondo del asunto:

1.- Carácter de consumidor del ahora demandante.

El artículo 3 de TRLGDCU establece a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

No cabe duda de que en el presente caso el actor ostenta tal condición, al ser persona física que no actúa en ámbito profesional alguno y que contrata en aras a adquirir su vivienda habitual. Destacándose además que no es cuestión controvertida tal condición en relación a la impugnada cláusula.

2.- Contrato de hipoteca como contrato de adhesión.

Dice el artículo 1 de la LCGC de 1998 que *son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

2. *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.*

Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2013 establece que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión;

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión;

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la

contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

El propio Tribunal Supremo, en SSTs de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre del mismo año, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras. Añade el Tribunal Supremo, aun en el seno de la sentencia de 9 de mayo de 2013, que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; que tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; y la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Igualmente, la STS de 9 de mayo de 2013 reconoce como en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal -lo que se tratará más adelante- y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él.

En atención a lo anterior, en el caso de autos, no puede cuestionarse a priori que la cláusula "suelo" objeto de impugnación tenga carácter contractual y que su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores sea facultativa. No existe normativa que imperativamente imponga su inclusión. Tal y como analiza la STS de mayo de 2013, el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º del Código Civil, como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual *las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.*

Por tanto, concluimos que la cláusula analizada sí es una condición general de la contratación. Además, es una condición no negociada individualmente y que por tanto ha de reunir los requisitos establecidos en el artículo 80 del TRLGDCU. Es decir, estamos ante una cláusula no negociada individualmente, susceptible de ser examinada - como mas tarde se analizará-, para así poder determinar si se trata de una condición abusiva, en los términos y con los efectos del artículo 82 TRLGDCU, pues ya ha sido indicado que estamos ante un consumidor que procedió a la compra de la que resulta su vivienda habitual -documentos 1 y 2-.

3.- Carga de la prueba.

Además de lo dispuesto en el artículo 217 LEC, en el presente caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 82.2 del Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, el cual expresamente atribuye la carga de la prueba de la negociación y transparencia al empresario que afirma que sí han existido, es decir, a la entidad bancaria demandada.

CUARTO.- Control de incorporación conforme a la LCGC.

Sin perjuicio de la delimitación positiva expuesta más arriba a la hora de determinar si estamos ante un contrato con cláusulas generales o no, debemos tener en cuenta, en primer lugar, la llamada **delimitación negativa** que comprende, además de los contratos expresamente excluidos por la Ley, ya mencionados en epígrafes anteriores al hacer referencia al artículo 4 de la Ley, según el artículo 7, *no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. O sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

En el presente caso, dicha acción está ejercitada en la demanda. Pues bien, dicho control afecta a todos los intervinientes en el contrato de adhesión, con independencia de que sean consumidores o no.

Pues bien, en el presente caso podemos hablar de un desconocimiento por parte de los adherentes, [REDACTED], de las condiciones financieras del préstamo firmado en 26/04/2005. Dice el artículo 5.1, 2º LCGC que *no podrá entenderse que ha habido*

aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. En el presente caso contamos con un "préstamo promotor" en el que se fija un tipo de interés remuneratorio variable, con diferencial y un límite inferior y superior. En la escritura formada con los actores, en el resumen de las características esenciales del contrato, no consta dicha limitación del tipo de interés; es decir, no se hace referencia a la cláusula suelo. Tampoco se incorpora el contrato del préstamo promotor como anexo del mismo por parte del Notario, tal y como se prevé en el artículo 5.2 LCGC. Se dice en las escritura que la compradora y prestataria conoce las condiciones y términos del contrato en el que se subrogan, sin embargo nada se ha probado al respecto, pues no consta la información por parte del banco a los adherentes en las negociaciones previas, pese a tener que dar su consentimiento expreso para la subrogación. No hay oferta vinculante, información pormenorizada del préstamo, simulaciones sobre evolución de los tipos de interés, etc.

Conforme al artículo 6.1, 4ª del RD 515/1989, de 21 de abril, según el cual, en relación a la información que el promotor de viviendas ha de realizar si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades, se ha dicho que era obligación del promotor y no del banco prestamista el informar de las condiciones del préstamo. Sin embargo consideramos que era obligación del predisponente, ya por incorporación en el clausulado o como anexo a la escritura, ya por información fehaciente aparte, informar de manera expresa y clara a las adherentes de la existencia de la cláusula suelo en el contrato de préstamo. Ello es así, sin perjuicio de la obligación legal que incumbe a la promotora, dada la naturaleza de contrato de adhesión de la escritura de préstamo hipotecario, del carácter de consumidores de los subrogados y de las obligaciones legales de información y transparencia que de tales circunstancias incumben a la entidad bancaria como predisponente, por lo que no podemos admitir que la misma quede exonerada de responsabilidad por el déficit manifiesto de información.

En todo caso, se ha de tener en cuenta que dicha legislación sólo sería aplicable en caso de una subrogación pura o novación impropia (no extintiva, sólo modificativa) del contrato, ya que en el caso novación objetiva del contrato, por cambio del tipo de interés o ampliación del plazo o de la propia cuantía del préstamo, como es el caso, la obligación

del banco es, si se quiere, mucho más evidente en detrimento de la del promotor.

Por todo lo anterior, no podemos tener por incorporada al contrato firmado el día 26/07/2006, la cláusula financiera tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005, que dice que se pacta que el tipo de interés no podrá ser inferior al 3% anual ni superior al 11%.

CUARTO bis.- Control de transparencia.

Dice el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Con base en dicho precepto, el Tribunal Supremo, ya desde la STS 18 de junio de 2013, dijo que de conformidad con este artículo no cabe efectuar el control de contenido cuando la cláusula contractual contenga un elemento esencial del contrato *"siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*. De esta forma, si las cláusulas contractuales no pueden ser examinadas a la luz del control de contenido, se han de examinar a la luz de la transparencia, es decir, desde la comprensibilidad intelectual de dicha cláusula. El control de transparencia pretende excluir las cláusulas sorprendentes, es decir, aquéllas cuya presencia no podía ser razonablemente esperada en el contrato.

Así se ha recogido en la STS de 9 de mayo de 2013 analizando concretamente la llamada cláusula suelo. Tal sentencia señala al respecto:

"21. Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

22. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la

siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.

23. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo- y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

24. Con relación a estas últimas -únicas que son objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

25. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario”.

Sobre dicha cláusula contractual, la reseñada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda su licitud abstracta, al exponer que:

”202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC”.

Ahora bien, continúa dicha sentencia apuntando que:

”256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja

probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

Realizando ya el control de abusividad impuesto por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), y por la doctrina emanada del TJUE, el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 exige un doble filtro de transparencia en contratos con consumidores; así, se establece:

"210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de

condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

Y es que no olvida el Tribunal Supremo en la sentencia que viene analizándose la insuficiencia de información en las cláusulas suelo:

"217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal

del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las cláusulas" no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato".

Este mismo criterio ha sido el seguido por la STS de Pleno de 24 de abril de 2015, conforme a la cual Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Nuevamente conformada por la STS 705/2015, de 23 de diciembre, al decir que en relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o

pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo). En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo, tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no.

4.- En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente.

Pues bien, analizando ya el caso concreto hoy planteado, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el párrafo 225 de su sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo, no puede declararse sino el carácter abusivo de la cláusula por la que se establece una cláusula "suelo" para la fijación del interés variable de la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos, ello toda vez que en la misma:

a) "Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato"; como ya se ha dicho, no consta, por no haber sido aportado por BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A., a quién le corresponde probarlo, una oferta vinculante donde se detalle la existencia de la cláusula suelo; no consta la existencia de simulaciones donde se exponga al cliente la trascendencia económica de la cláusula suelo en los distintos escenarios de tipos de interés variable; no se ha aportado, por lo que, a los efectos del presente proceso, no existe borrador de la escritura de tal manera que los prestatarios pudieran conocer anticipadamente que se iba a pactar un suelo en el tipo de interés variable.

Ello es así porque, como se ha dicho, [REDACTED]

[REDACTED] con fecha 26/07/2006 suscribieron un contrato de compraventa con subrogación, novación y ampliación del préstamo hipotecario con la mercantil promotora PROMOCIONES Y OBRAS SATER, S.L. La sociedad promotora era propietaria de la finca objeto de venta, la cual estaba gravada con una hipoteca a favor del BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. por escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005. El tipo de interés remuneratorio pactado en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005, a aplicar a cada periodo de interés, se determinaba mediante la adición de 1.00 puntos porcentuales sobre el tipo referenciado al euríbor anual. En la cláusula tercera bis, de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005 fue fijado que el tipo de interés en ningún caso será inferior al 3% ni superior al 11%. Teniendo en cuenta que el euríbor en el año 2005 varió entre 2.112% y el 2.304%. En el año 2006 estuvo entre el 2.361% y el 3.335%, siendo del 2.840% en el mes de la firma, podemos concluir que la intención real de la entidad bancaria era establecer un tipo fijo entorno al 3-3.50% de interés, dando la apariencia de estar fijando un tipo variable.

Por otro lado, en relación con la falta de transparencia hemos de tener en cuenta que el desconocimiento por parte de los adherentes de las condiciones financieras del préstamo firmado en 26/04/2005. Valga lo dicho más arriba respecto a la falta de incorporación de las cláusulas financieras del préstamo promotor a la escritura de 26/07/2006.

b) *"Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas";* lo que, junto con lo dicho anteriormente, induce a error en el consumidor, ya que se da una mayor apariencia de interés variable que no tiene, dado el suelo efectivamente pactado.

c) *"No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar";* nada existe al respecto en la escritura firmada por las partes.

d) Y en consecuencia *"no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas".*

En definitiva, la cláusula contractual que se analiza no supera el control de transparencia exigido por el Tribunal

Supremo, no constituyendo en definitiva el interés variable pactado sino en un interés fijo a la baja, protegiendo el interés económico de la entidad bancaria e impidiendo un abaratamiento de la operación para el consumidor. Así pues, la cláusula por la que se establece una cláusula "suelo" y que ahora se analiza debe ser declarada abusiva por falta de transparencia y, de conformidad al artículo 83.1 del TRLGDCU, nula de pleno derecho y tenerse por no puesta.

No cabe pensar en la integración de dicha cláusula a través del artículo 83.2 del Texto Refundido; al respecto y entre otras igualmente conocidas, debe traerse a colación la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10), donde, en su pronunciamiento segundo, viene a establecer que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre... que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva..., la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

QUINTO.- Alcance de la declaración de no incorporación.

El artículo 9 de la LCGC dice que *la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.*

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

A ello añade el artículo 10 LCGC que *1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.*

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Pues bien, de la redacción de tales preceptos podemos concluir que la ley distingue claramente entre nulidad y no incorporación. Es decir, entre invalidez e inexistencia. Estamos ante un supuesto donde falta uno de los elementos esenciales en todo contrato, como el consentimiento contractual: los prestatarios no han podido prestar el consentimiento a la cláusula que se pretende no incorporada debido a la oscuridad y contenido equívoco de la misma.

Si bien la nulidad, como veremos más adelante, es susceptible de graduación en cuanto al alcance de sus efectos, como puede ser la llamada nulidad funcional, la inexistencia tiene efectos absolutos y radicales de eficacia *ipso iure*, ya que estamos en un supuesto de cláusulas que no debieron formar parte del contrato. Es decir, desde este punto de vista, la cláusula no es nula (no es inválida), sino inexistente (ineficaz) y, por tanto, no es posible limitar los efectos derivados de dicha inexistencia o no incorporación, como pasaría en una nulidad funcional -que no en una nulidad estructural-.

En un caso de inexistencia como el que nos ocupa, tampoco es posible, ni la conversión del contrato (salvo el caso establecido por norma imperativa, vg. artículo 7 b) LCGC *salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*), ni su recuperación, aunque sea parcial en forma de retroactividad limitada.

En todo caso, al tratarse, no de todo el contrato, sino de una cláusula del mismo, estamos ante un supuesto de ineficacia parcial: el contrato puede subsistir siempre que el contrato pueda producir sus efectos sin dicha cláusula. Se ha de tener en cuenta que conforme al artículo 10 LCGC, las demás condiciones financieras, incluida el límite superior a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio, dado que se tienen por no incorporadas, pero el adherente puede, sin embargo, invocar la aplicación de las cláusulas aunque no se hubieran cumplido los requisitos de incorporación si esas cláusulas le resultan más beneficiosas.

Así las cosas, las partes se deben restituir las prestaciones indebidamente realizadas. Es por ello que el prestamista debe devolver las cantidades indebidamente percibidas y que traigan causa inmediata en la cláusula no incorporada, sin limitación alguna.

Ello no obstante, dado el principio dispositivo del proceso civil y para no incurrir en incongruencia *ultra petitum* dando más de lo que se pide, entendemos que, conforme al suplico de la demanda, BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. debe ser condenado a devolver a [REDACTED]

██████████ las cantidades que ha cobrado indebidamente, en concepto de intereses remuneratorios, desde la fecha de 9/05/2013. Cantidad resultante de la diferencia entre el tipo de interés mínimo cobrado, en su caso, del 3% y el tipo de interés vigente en cada revisión calculado conforme al tipo de interés pactado, siempre que éste fuera inferior a dicho mínimo (euríbor mas el diferencial que corresponda).

SEXTO.- Intereses.

En cuanto a los intereses de demora, de acuerdo con el artículo 1100 del CC *incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.* Aplicando el mencionado precepto legal al presente caso, resulta que la demandada queda obligada al pago de intereses moratorios desde la fecha de presentación de demanda.

SÉPTIMO.- Costas.

Conforme al artículo 394.1 LEC, las costas se impondrán a la parte que hubiere visto desestimadas todas y cada una de sus pretensiones.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO.

Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de ██████████
contra BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A., por lo que:

1. Declaro la no incorporación de la condición general de contratación la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26/04/2005 que el tipo de interés en ningún caso será inferior al 3% ni superior al 11%, préstamo en el que ██████████
██████████ se subrogaron en virtud de la escritura de compraventa con subrogación de 26/07/2006.
2. Condono a BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a eliminar dicha cláusula.
3. Condono a BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A. a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente desde el 9/05/2013 hasta la fecha de firmeza de la presente sentencia, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cobro, calculadas conforme al cuadro de amortización que debería haberse aplicado sin la existencia de dicha cláusula suelo del 3%.
4. Con expresa condena en costas de BANCO CASTILLA LA MANCHA, S.A.



Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Dedúzcase testimonio y únase a la presente causa, registrándose el original en el Libro de Sentencias del Juzgado.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días (artículos 455 y ss LEC) previa la constitución y acreditación del correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Por ésta mi sentencia, así lo acuerdo, mando y firmo, Juan Carlos Picazo Menéndez, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil de Toledo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución por la Sra. Juez que la dictó, en audiencia pública, el mismo día de su fecha. Doy fe.